

AUDIENCIA PROVINCIAL -SECCIÓN SEGUNDA- CIVIL

ROLLO NÚM 118/14

Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Vinaroz

**PROCEDIMIENTO: Medidas sobre Hijos Extramatrimoniales núm.
24/13**

LITIGANTES:

C/

SENTENCIA CIVIL NÚM. 131 / 2014

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: Dª ELOÍSA GÓMEZ SANTANA

MAGISTRADO: D. HORACIO BADENES PUENTES

MAGISTRADO: D. PEDRO JAVIER ALTARES MEDINA

En la Ciudad de Castellón de la Plana, a veinticuatro de octubre de dos mil catorce.

La SECCIÓN SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos. Señores anotados al margen, ha visto el presente rollo de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2014 dictada por el Sr. Juez de 1ª Instancia del Juzgado nº 4 de Vinaroz en autos de Medidas sobre Hijos Extramatrimoniales seguidos en dicho Juzgado con el número 24 de 2013 de registro.

Han sido partes como **APELANTE** d.

y

) y como **APELADOS** d^a

y el Ministerio Fiscal

Ha sido **Ponente** el Ilmo. Sr. Magistrado Don Pedro Javier Altares Medina.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En sentencia de 13 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vinaròs (Juzgado de Violencia sobre la Mujer), dictada en autos de Medidas sobre Hijos núm. 24/13, se dispuso lo siguiente: *“Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Esteve Moliner, en la representación que tiene acreditada de D^a _____ contra D. _____ debo acordar y acuerdo la adopción de las siguientes medidas:*

1.-Se atribuye la Guarda y Custodiadel hijo menor, _____ a la madre.

2.-Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio: los martes, miércoles y jueves en semanas alternas, desde las 10:00 horas hasta las 13:00 horas, sin perjuicio de ampliación hasta alcanzar un régimen de visitas normalizado, tras un periodo de adaptación y hasta que el niño deje de ser lactante.

La entrega y recogida del menor y puesta a disposición del padre se hará efectiva a través de latía del menor

3.- Se establece la cantidad de 300'00.-€ mensuales en concepto de alimentosa favor del hijo menor. Dicha cantidad deberá ser abonada por el padre, dentro de los primeros 5 días de cada mes, en la cuenta corriente que designe al efecto la madre, debiendo ser, además, actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que publica el INE u Organismo que lo represente o sustituya.

Todo ello sin realizar expresa imposición de costas a ningún litigante".

SEGUNDO.- El día 24 de abril de 2014 fue presentado escrito por la procurador sra. Cruz Sorribes, en nombre y representación de d.

de interposición de recurso de apelación contra la sentencia indicada, solicitando se dicte sentencia "acordando:

1º.- La convivencia compartida del menor Aharón con ambos progenitores, en Vinaròs, por semanas alternas, y

2º.- Con un régimen de relaciones que sirva durante toda la minoría de edad del hijo, consistente en las tardes de los martes y jueves desde la hora de salida del centro educativo hasta las 20'30 horas, a fin de no separar a los hermanos; así como vacaciones escolares por mitad, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares.

3º.- Y como contribución a los gastos ordinarios del hijo, cada progenitor asumirá los de sus respectivos periodos, siendo todos los demás gastos corrientes como colegio sanidad, así como los extraordinarios, a cargo de su padre dada la actual diferencia de ingresos entre sus progenitores, y previo acuerdo entre los mismos para su adopción.

4º.- Subsidiariamente, para el hipotético caso de no acordarse la convivencia compartida, el régimen de relaciones para el progenitor no custodio sería de fines de educativo hasta el lunes a la entrada del mismo; y como régimen entre semana, los martes y jueves lectivos desde la hora de salida del centro educativo hasta las 20'30 horas en las semanas en que el fin de semana corresponda con la madre, y en las semanas en que el fin de semana corresponda con el padre los martes desde la hora de salida del centro educativo hasta la mañana siguiente a la hora de entrada al mismo, manteniéndose el resto de pronunciamientos".

TERCERO.- El recurso de apelación fue admitido a trámite.

El día 6 de mayo de 2014 fue presentado escrito por la procurador sra. Esteve Moliner, en nombre y representación de d^a

oponiéndose a la estimación del recurso interpuesto.

También el Ministerio Fiscal, en escrito de 20 de mayo de 2014, solicitó la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Habiéndose recibido las actuaciones en este Tribunal el día 5 de junio de 2014, en resolución de 1 de septiembre de 2014 se señaló el día 24 de octubre de 2014 para la deliberación y votación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el régimen de guarda y custodia establecido en la sentencia recurrida (en la que se atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre en exclusiva).

Partiendo de que tanto los progenitores como el hijo tienen vecindad civil valenciana, dice que se infringe el art. 5 de la Ley Valenciana 5/11, y, más en general, la doctrina consolidada del T.S. favorable a la custodia compartida.

En particular, se indica que se ha aplicado e interpretado mal el art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/11, en cuanto que dicho artículo no establece que el mero hecho de que se siga un procedimiento penal contra el padre por presunta violencia de género sea un impedimento para que se establezca un régimen de custodia compartida, sino que se exige que este régimen “*podiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor*”; y que esto no se ha acreditado de ninguna manera.

Mantiene asimismo que se ha prescindido por completo de la prueba pericial psicológica elaborada por la sra. Ayllón, en la que se recomienda un régimen de custodia compartida en interés del hijo.

Resalta el apelante el hecho de que tenga una vivienda de su propiedad en Vinaròs, “*donde lleva vividos y trabajando nueve años, y donde seguirá viviendo en semanas alternas, y con su hijo, en caso de convivencia compartida*”.

Con respecto a los hermanos del menor (hermanos de vínculo sencillo, pues son hijos de una anterior relación de la apelada), dice que tienen edades muy lejanas a las del hijo común (12 y 10 años); por lo que *“es mucho más necesario para estar más tiempo conviviendo con su padre, que seguir conviviendo tanto tiempo con sus hermanos”*.

Toda la última parte del recurso se dedica a la crítica del informe pericial elaborado en la causa penal que se sigue entre los litigantes, y que fue incorporado al presente procedimiento como diligencia final.

SEGUNDO.- La resolución del pleito pasa en primer lugar por la determinación de la normativa aplicable.

Entendemos que es de aplicación la Ley Valenciana 5/11. Aunque no consta que la actora apelada haya adquirido la nacionalidad española, el hijo tiene nacionalidad española y vecindad civil valenciana. Debe estarse por tanto a la Ley personal del hijo (art. 9.4 del C.Civil), que además es la del padre y la del lugar en la que llevan residiendo ambos progenitores desde hace años (art. 9.9 y 9.10 del C.Civil).

Pues bien, teniendo el padre vecindad civil valenciana, y habiendo nacido el hijo en la comunidad valenciana, este último tendrá vecindad civil valenciana, según lo dispuesto en el art. 14.3 del C.Civil.. Y ello determina que sea de aplicación la Ley Valenciana 5/11 (art. 2 y preámbulo de la misma).

Con independencia de que en la doctrina jurisprudencial del T.S. ya se haya netamente consolidada la idea de que el régimen de custodia compartida es el régimen normal e incluso deseable también en el Derecho Común (frente a la aparente excepcionalidad que en un principio se pensó que le confería a tal régimen el art. 92.8 del C.Civil) -sentencias del T.S. números 579/11, de 22 de julio, 495/13, de 19 de julio, 200/14, de 25 de abril, ... estas últimas siguiendo la doctrina expresamente sentada por el T.S. en su sentencia de 29 de abril de 2013-, el Derecho valenciano es mucho más terminante a este respecto. En nuestra sentencia núm. 20/14, de 10 de febrero, exponíamos una serie de consideraciones legales sobre el régimen

legal instaurado por la Ley Valenciana 5/11:

“En la sentencia nº 82/13, de 28 de mayo, hacíamos las siguientes consideraciones generales a este respecto.

“En la resolución recurrida se razona (en el fundamento jurídico primero) la aplicabilidad al caso enjuiciado de la Ley Valenciana 5/11. Y no se cuestiona en medida alguna por la parte apelante la aplicación al caso de dicha Ley Valenciana.

Pues bien, siendo esta la normativa aplicable, hemos de recordar que en el art. 5.2 de la Ley Valenciana, en consonancia con las directrices apuntadas en el preámbulo, se dispone que, como “como regla general”, se establecerá un régimen de convivencia compartida de los progenitores con los hijos menores; y se especifica expresamente que no será obstáculo para ello ni la oposición de uno de los progenitores”, ni “las malas relaciones entre ellos”. En consecuencia, se generaliza el régimen de custodia compartida, al establecerse esta como regla general o régimen de preferente aplicación en defecto de acuerdo. Y se prevé en el art. 5.4 que esta regla general tan sólo pueda excepcionarse (estableciendo un régimen de convivencia de los menores con uno solo de los progenitores) cuando el Juez lo considere necesario para garantizar el interés superior del menor, “y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.

Tal y como venimos diciendo (a título de ejemplo, véase nuestra sentencia núm. 150/2012, de 10 de octubre), en el ámbito de la Ley Valenciana 5/11 debe preceptivamente establecerse con carácter general un régimen de guarda y custodia compartida, salvo que existan razones muy justificadas que hagan que se considere necesario, en atención al interés superior del menor, excepcionar dicha regla o principio general de preferencia de la custodia compartida.

Y todas estas previsiones, aplicables a los procedimientos posteriores a la entrada en vigor de la Ley (en los términos precisados en la Disposición Transitoria Segunda, que establece que será de aplicación a los procedimientos que estén pendientes de sentencia en el momento de su

entrada en vigor), se han de completar con la previsión contenida en la Disposición Transitoria Primera, en la que se recoge la posibilidad de que los regímenes de medidas definitivas adoptados conforme a la legislación anterior (esto es, conforme a la legislación existente cuando aún no estaba en vigor la Ley Valenciana 5/11) puedan ser revisados cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal soliciten la aplicación de la nueva normativa. Se trata de una previsión que posibilita una modificación de medidas de forma diversa a los condicionantes que para esto se exigen en el Código Civil, al objeto de posibilitar la aplicación de la nueva normativa foral valenciana en su ámbito de aplicación. No somos ajenos a las dudas de constitucionalidad que ello puede plantear; pero es sabido que la suspensión de la vigencia de la Ley Valenciana inicialmente acordada por el T.C., a raíz del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno de la nación contra la Ley Valenciana, fue alzada mediante auto del T.C. de 22 de noviembre de 2011.

Por tanto, y frente a lo sostenido por la parte apelante, es factible que en el ámbito de la Ley Valenciana 5/11, se inste la aplicación de la nueva normativa a los regímenes de medidas definitivas establecidos cuando aquella aún no estaba vigente, sin necesidad de que se haya producido la alteración sustancial de circunstancias que para la modificación de unas medidas definitivas exige el Código Civil (arts. 90 párr. penúltimo, y 91, del Código Civil)".

En esta misma línea se expresa la sentencia nº 9/13, de 6 de septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana. En dicha sentencia, el pleno del tribunal, al objeto de unificar doctrina en relación con el art. 5 de la Ley Valenciana nº 5/11, dice lo siguiente:

"Declaramos como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable de la dicha

Ley resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, y por tanto permite la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de la modificación de medidas definitivas"; así como que "declaramos como doctrina de esta Sala respecto del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto"".

TERCERO.- Sentado lo anterior, procede el establecimiento de un régimen de custodia compartida.

No existe inconveniente para ello ex art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/11.

Y no se ha acreditado que deba excepcionarse la regla general de la custodia compartida para garantizar el interés superior del menor (art. 5.4 de la ley Valenciana 5/11).

Sobre lo primero, tal y como indica la parte apelante, no basta con el hecho de que esté abierto un procedimiento por presuntas amenazas y maltrato psicológico, promovido por la madre del menor contra el padre de este. El art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/11 exige, para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y, como requisito adicional, que *"a tenor de que dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor"*. Nada se ha acreditado ni razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa. Desde luego, dicho riesgo no resulta del informe pericial elaborado

en la causa penal (e incorporado al presente procedimiento), elaborado fundamentalmente para estudiar la veracidad del testimonio de la denunciante (folios 146 y s.s.), y cuyas conclusiones (folio 154) no permiten sustentar la concurrencia de dicho riesgo.

Sobre lo segundo, no existen informes sociales, médicos, psicológicos ni de ningún tipo en el que se indique que es necesario no establecer un régimen de custodia compartida para garantizar el interés superior del menor. Antes al contrario, en el informe pericial psicológico practicado en el procedimiento (folios 90 a 131), la perito recomendó el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, por períodos no superiores a una semana (folios 96-7); habiendo descartado la perito, a través de las pruebas psicodiagnósticas realizadas, “la presencia de cualquier tipo de síndrome o disfunción que fuera directamente proporcional con un inadecuado ejercicio de la guarda y custodia de su progenitor Sr. [redacted],” (folio 96).

Por otra parte, el menor va a cumplir dos años, por lo que, con independencia de que el menor lleva teniendo trato frecuente con su padre (merced al régimen de visitas vigente), la edad no constituye impedimento alguno para la custodia compartida. Tampoco lo es, a nuestro juicio, el designio legal de intentar no separar a los hermanos. Con independencia de que el menor seguirá conviviendo con los otros dos hijos de la actora cuando aquel conviva con esta, existe una notable diferencia de edad entre [redacted] y sus otros dos hermanos por parte de madre. El régimen de custodia compartida salvaguarda adecuadamente, dadas las circunstancias del caso, tanto los vínculos fraternales como los paternofiliales.

Vista la recomendación de la perito con respecto al período de convivencia del menor con cada progenitor, y que no se ha propuesto por la actora apelada alternativa alguna a la propuesta de custodia compartida realizada por la parte contraria (la cual proponía períodos semanales alternos), se establece un régimen de custodia compartida con períodos alternos de una semana de estancia del menor con cada progenitor.

Al objeto de posibilitar dicho régimen de custodia compartida, y de que el padre pueda pasar el mayor tiempo posible con el hijo, el menor estará en compañía del padre las semanas en las que este no trabaje (desde el entendimiento de que no trabaja una semana de cada dos -así lo dice el demandado apelante en el recurso, en el interrogatorio a que fue sometido, y en el informe pericial, folio 98; aunque en su contestación de la demanda no fue completamente preciso a este respecto-). Por tanto, el turno de alternancia semanal se dispondrá de forma que se hagan coincidir como semanas de estancia con el padre, las semanas en que este no trabaje.

Dada la edad del menor, y que el mismo ya está en edad de ir a guardería y a colegio, el menor seguirá residiendo en Vinaròs en las semanas en que conviva con el padre. Se establece esto al objeto de preservar la deseable estabilidad y tranquilidad en la vida del menor, y puesto que el padre dispone de una vivienda de su propiedad en Vinaroz. Por tanto, se excluye la posibilidad, apuntada por el padre en su interrogatorio, de llevarse a vivir al menor a Valencia, a la localidad en la que aquel reside, hasta que vaya al colegio.

El cambio en la convivencia se realizará los domingos a las 20:00 horas. No explicó ni justificó debidamente el demandado las diferencias que a este respecto hacía en su contestación de la demanda. Por lo que, para simplificar el régimen, se establece una misma hora tanto para uno como para otro progenitor, debiendo ser recogido el menor a la hora indicada, en el domicilio del progenitor que lo haya tenido consigo durante la última semana, por el progenitor (o familiar o persona en quien este delegue) que lo vaya a tener consigo la semana siguiente.

El régimen de alternancia semanal regirá durante todo el año, sin más excepción que durante los meses de julio y agosto, en que el menor estará con cada progenitor un mes entero, eligiendo la madre los años impares, y el padre los años pares. Dado que el régimen es de alternancia semanal, y que las vacaciones escolares de Navidad, y de Semana Santa y Pascua, son de alrededor de dos semanas, no se considera procedente excepcionar el régimen de alternancia semanal durante estos períodos; ni

durante las festividades señaladas en el escrito de contestación de la demanda, por introducir un casuismo excesivo y casi siempre problemático (todo lo cual será sin perjuicio de los acuerdos a los que en relación con ello puedan llegar las partes).

Visto lo propuesto en el apartado 2º del suplico del recurso, se establece la posibilidad de que, en las semanas en que el padre viva con el menor, la madre pueda estar en compañía del menor las tardes de los miércoles, desde la salida del colegio (en su defecto desde las 17:00 horas) hasta las 20:30 horas, al objeto de posibilitar el contacto del menor con los hermanos mayores. No se establecen visitas intersemanales con el padre en las semanas en que el menor viva con su madre, ya que este expresamente descartó tales visitas en su contestación de la demanda, y dado que en tales semanas el padre residirá fuera de Vinaroz.

Cada progenitor asumirá los gastos de manutención del menor durante los períodos en que este esté con cada uno de ellos. Aunque, visto el diferente nivel de ingresos de los progenitores, y atendida la propia propuesta realizada por el apelante en el punto 3º del “*suplico*” de su recurso, se establece que los gastos de colegio y médico-sanitarios del menor sean asumidos por el padre, así como los extraordinarios (debiendo existir acuerdo previo entre los dos progenitores en su realización, en relación con todos aquellos gastos extraordinarios que no sean de urgente necesidad).

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394 y 398 de la L.E.C., no procede realizar pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre imposición de las costas procesales de esta alzada, asumiendo cada parte las costas causadas a su instancia.

Por cuanto antecede, y vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L O

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora sra. Cruz Sorribes, en nombre y representación de d. [redacted] contra la sentencia de 13 de marzo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Vinaròs, debemos revocar y revocamos lo dispuesto en esta, sustituyendo las medidas definitivas que esta establecía por las medidas indicadas en el Fundamento Jurídico Tercero de esta resolución; y sin que proceda realizar pronunciamiento declarativo expreso alguno sobre imposición de las costas procesales de esta alzada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, cuya certificación se unirá al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.